

論 説

資本剰余金からの脱却

— 分配に対する課税について —

岡村忠生

(京都大学大学院法学研究科教授)

目 次

- | | |
|----------------|----------------------|
| I はじめに — 2つの問題 | 5 一方的な関係 |
| II 法人の利益 | III 株主の原資 |
| 1 不幸な生い立ち | 1 欠損とスポンジ |
| 2 原資の不回収 | 2 出資者たる地位に基づかず… |
| 3 バランスしない貸借 | IV おわりに — 3.11の余震の中で |
| 4 汚された資本金 | |

I はじめに — 2つの問題

本稿は、法人が株主に対して、その出資者たる地位に基づいて行う経済的な利益の供与（以下「分配」という。）に関する課税関係の問題点を取り上げ、よりよい課税への方向を検討する。分配は、日本の実定法上の概念ではない⁽¹⁾。しかし、次に述べる配当とみなし配当の関係から、これらの上位にある概念として、本稿の議論のために用いる。

法人税法および所得税法は、分配のうち、

①「資本剰余金の額の減少に伴うもの」などを除く一定の「剰余金の配当」など⁽²⁾（以下「配当等の額」という。）に対して、配当としての課税（以下「配当課税」という。）を行うとともに⁽³⁾、②法が規定する事由（以下「みなし配当事由」という。）によるものに対して、その一定の割合を配当、残りを譲渡収入とみなして、配当課税および譲渡所得課税（両者を合わせて「みなし配当課税」という。）を行っている⁽⁴⁾。本稿では、みなし配当事由のうち、資本の払戻しを中心に検討する。この課

(1) 米国内国歳入法典301条(b)で定義されている“Amount distributed”を参照したが、もちろん、それと同じではない。分配に関する研究として、小塚真啓『税法上の配当概念の展開と課題』（成文堂、2016年）、同「配当所得課税のあり方—法人税との関係から—」日税研論集74号217頁（2018年）がある。また、古い文献であるが、William D. Andrews, “Out of Its Earnings and Profits”:

Some Reflections on the Taxation of Dividends, 69 Harv. L. Rev. 1403 (1956) がある。

(2) 法法23条1項各号および所法24条1項には、「利益の配当」などの類型が規定されている。本稿は「剰余金の配当」を直接の検討対象とする。

(3) 法法23条1項1号、所法24条1項。

(4) 法法23条、61条の2第2～4,8,12,14 17～19項、所法25条、57条の4第3項、措法37条の10第3項1～7号。

税方法には、次の特徴ないし問題点がある。

(1) 資本剰余金による課税関係の選択

上記①の「資本剰余金」と「剰余金の配当」は、租税法で定義された概念ではない。会社法と会社計算規則の関係規定からの借用と解される。これらの金額は、法令による規律を受ける会計（以下「制度会計」という。租税法が借用ないし依拠するものを考えるので、租税法に基づくものを除く。）により計算されるが、これら法令は租税実体法のような精度での規定はしておらず、租税法律主義の要求を満たす課税要件規定とはいえない。また、あまり議論されていないが、「配当等の額」は、緩やかな概念であり、①にも②にも該当しない分配（剰余金の減少の手続きを踏まない配当）を考える可能性もある⁵⁾。

分配に対する課税が①となるか②となるかは、法人による会社法上の手続きに依拠して

いる⁶⁾。特に剰余金の配当については、原資に資本剰余金を含めるか否か、どれだけ含めるかにより、法人が課税の結果を選択することができる⁷⁾。この点で、みなし配当課税があっても、一定の範囲で株主段階での所得種類が転換されることができ⁸⁾。

(2) 未実現利益課税

②の課税は、一般にみなし配当課税と呼ばれる。しかし、資本の払戻しについて、「みなし」すなわち擬制という手法が明確に現れるのは、分配の一部に対して譲渡所得課税を行う処理にある。株式の譲渡（株主たる地位の移転）は生じないので、この処理は擬制である。譲渡を擬制して行う譲渡所得課税は、金銭その他資産が収入されているとしても、目的資産の譲渡が法的事実としては生じていないのであるから、未実現利益課税である⁹⁾。これに対して、配当課税を行う処理は、分配の

(5) 所基通24-1、法基通1-5-4は、剰余金の配当は剰余金の処分により配当をしたものには限られないとしている。この解釈は、「剰余金の配当」という法律の文言を踏み越えているのではないかとも思われる。しかし、最判昭和35年10月7日民集14巻12号2040頁も参照。

(6) このことは、古くからそうであった。すなわち、平成13年度改正前においては、当時の商法が規定していたいわゆる資本制度の下で、資本の払戻し（有償減資）が厳格に規制されており（自己の株式の取得は原則として認められていなかった。）、その要件と手続きとを満たした場合にのみ、みなし配当課税が行われることとされていた。しかも、その超える部分の金額が資本積立金額又は利益積立金額のいずれから成るかは、当該交付する法人の計算による。」とされていた（昭55直法2-8による法基通3-1-8）。

(7) もっとも、資本剰余金をどれだけ減少させるかによって異なる法的・経済的状态が生じると考えるのであれば、課税関係の選択という表現は行き

過ぎており、資本剰余金に係る選択を通じて課税関係を変化させることができるというべきことになる。配当財源の違いによる法的・経済的效果については、会社法や制度会計における議論になるが、本稿は、会社法の「剰余金の配当」という括りによる整理（「その他資本剰余金」と「その他利益剰余金」との合計額が分配可能額とされていることに加えて、「その他利益剰余金」の資本金・資本準備金への組入れの許容、「その他資本剰余金」による「その他利益剰余金」の欠損の補てんの許容など）を重視し、分配財源を資本剰余金とするか利益剰余金とするかにより、少なくとも租税法が当然に課税方法を分ける程の差異が生じるものではないと見ている。

(8) 金子宏「商法改正と税制—株式配当および利益積立金の資本組入れを中心として—」『所得概念の研究』（有斐閣、1995年）230頁は、直接には後述する2項みなし配当についてであるが、みなし配当課税の目的を所得種類の転換防止に求めている。

一定の部分を配当と性質決定しているに過ぎない。この性質決定は、①のルールと同じであり、擬制ではない。他方で、自己の株式の取得については、本来の譲渡に該当する（株主たる地位が失われる）ので、配当が擬制されていることになる。

(3) 部分的解散

資本の払戻しに対する課税方法を確認しよう（法法24条1項4号，法令23条1項4号）。

- (i) 資本の払戻しにより減少した資本剰余金の額が、前事業年度末⁹⁹（直前ではない。）の純資産簿価（時価ではない。）に占める割合（払戻割合）を、直前の資本金等の額に乗じた金額（直前払戻等対応資本金額等）を算出する。
- (ii) これに対する各株主の持分割合の金額を算出する。
- (iii) 払戻額のうち払戻対応資本金等の額を超える部分を、配当とみなして課税する。
- (iv) 払戻額の残額（＝払戻対応資本金等の額の持分割合）を譲渡収入とし、保有株式の取得価額に払戻割合を乗じた金額を譲渡原価とする譲渡所得に課税をする。

この処理は、法人の部分的な解散を擬制していると考えると分かりやすい。すなわち、払戻割合に対応する部分の法人が解散し、これに対応する按分的な利益が配当されたとみなされ、さらに、この部分解散に対応する割合

の株式が失われることを譲渡と擬制する株式譲渡所得課税が行われるという理解である。分割型分割では、上記の払戻割合を、分割承継法人に移転する純資産の簿価（時価ではない。）が、前事業年度末の純資産簿価に占める割合（分割移転割合）として、同様の課税を行う。ここでは、上述の擬制された解散が、分割により移転する資産に対応する部分について生じることになる。株式分配は、分割型分割の変異（スピノフ）と位置づけられており、分割型分割と同様の処理が行われる。合併については、分割移転割合を1とする分割型分割への課税となり、被合併法人の全部が解散するという事実（擬制ではない。）に基づく課税といえる。自己の株式の取得等（法法24条1項5～7号）については、取得した株式数の割合を、資本の払戻しの場合の払戻割合に代えてみなし配当の金額が計算されるだけであるが、譲渡所得計算では、所有株式の按分的な割合ではなく、実際に手放される株式の原価が用いられる。いずれにおいても、部分的解散という考え方による説明が可能である。

(4) 施行令規定割合

払戻割合や分割移転割合などの割合は、株主とは無関係に法人だけで算出できること、部分的解散の割合を示す数値であること、配当課税の範囲と譲渡所得課税の範囲を切り分

(9) かつての2項みなし配当を未実現利益課税として批判した論者は、この未実現利益課税をも批判すべきであったのではないだろうか。竹内昭夫「利益積立金額の資本組入れとみなし配当課税の当否—金子説批判—（上）（下）」商事法務1258号43頁，1259号30頁（1991年）。

(10) 直前までの間に生じた資本金等の額および利益

積立金額の変化に対応する一定の調整は行われるが、分配資産が分配されたことにより実現された損益（法法22条の2第6項）による利益積立金額の増減は、この調整の対象外とされている（法令23条1項4号イによる同項2号イの最後の括弧書の中にある二重括弧書による法令9条1項1号の除外）。

ける機能を果たすことにおいて、共通性がある。これらの割合は、プロラタ計算といわれるみなし配当課税の核心であり、法律が規定する「資本金等の額……のうちその交付の基因となった当該法人の株式又は出資に対応する部分の金額」（以下「株式対応部分金額」という。）を算出するためのものとして施行令に規定されている（以下「施行令規定割合」という。）。

施行令規定割合は、株式対応部分金額という法律上のひとつの概念数値を算出するためのものであるにもかかわらず、みなし配当事由を通じた一貫性はない。いま、株主の持分割合を考えないことにすると、施行令規定割合の分子は、資本の払戻しについては減少す

る資本剰余金の額であるが、残余財産の分配については分配資産の時価（適格現物分配に該当する場合は簿価）、分割型分割または株式分配については分割移転資産または完全子会社株式の簿価とされている（それぞれの分母は前事業年度末の純資産簿価である。）¹¹⁾。自己株式の取得等と合併については前述した。このように見ると、資本の払戻しについてのみ、資本剰余金という制度会計上の数値を用いている点で、他とは大きな違いが認められる¹²⁾。それ以外については、簿価ベースのもの（分割型分割）、時価ベースのもの（残余財産の分配）、種類別に区分管理された資本金等の額について種類別に取得される株式の割合を用いるもの（自己株式の取得等）がある。施

(11) このように、時価と簿価、前事業年度末と直前とが混在している。そのため、まず懸念されるのは、操作可能性である。たとえば、分割型分割で、時価が簿価よりも大きな資産を移転すれば、施行令規定割合を小さくすることができる。その逆も可能である。また、資本金等の額を前事業年度末から増減することもできる。しかし、より重要な問題は、資本の払戻しで制度会計上簿価移転となる場合（「自己株式及び準備金の額の減少等に関する会計基準の適用指針」第10項）や、非適格分割型分割、非適格株式分配において、資産の移転そのものは、株主においても法人においても、時価で課税関係が形成されるのに、施行令規定割合は、簿価ベースで算出される不整合にある。

なお、この仕組みが導入され、非適格分割型分割について移転資産簿価を用いることとした平成13年度改正の立案担当者は、「本来は、時価純資産額のうちに交付金銭等の額の占める割合に応じて、それぞれ資本等の金額と利益積立金額とを減少させる処理を行うのが合理的であると考えられます。しかしながら、…法人に過重な負担を強いることになると考えられることから、時価純資産額に代えて簿価純資産額を用いることとし」と述べていた。朝長英樹「会社組織再編成に係る税制について（第3回）」租税研究621号31頁、33頁（2001年）。

(12) 資本の払戻しについて、分子が減少する資本剰余金の額とされたのは、会社法の制定（とこれに関する種々の会計基準の発出）に伴う整備とされる平成18年度改正においてである。平成18年政令第125号による法令23条1項3号口。それまでは、分割型分割と同様、払い戻される資産の簿価とされていた。施行令規定割合を改正した理由、特に、会社法制定に直接関係する改正の必要性は、必ずしも明らかではないが、財務省『平成18年度 税制改正の解説』は、「資本剰余金と利益剰余金の双方を同時に減少して剰余金の配当を行った場合には、…資本剰余金の減少額の範囲内でまず資本金等の額が減少し、交付した金銭の額及び金銭以外の資産の価額の合計額のうちその減少資本金等の額を超える部分の金額が利益積立金額の減少額（株主にとってはみなし配当の額）となります。つまり、資本剰余金原資部分は資本金等の額と利益積立金額との比例的減少と、利益剰余金部分は利益積立金額の減少となるということです。」（256-257頁）と述べていた。このことが成り立たなかったのが、注(15)で述べる最高裁判決のケースである。平成18年度改正については、渡辺徹也「法人税法における出資と分配—会社法施行を受けた平成18年度改正を中心に」税法学556号151頁、162頁（2006年）参照。

行令規定割合（さらには、株式対応部分金額）の実質は、多様である。

(5) 利益積立金額の不在

しかし、ひとつの共通性は認められる。みなし配当課税を規律する諸規定、利益積立金額の文言が一切登場しないことである¹³⁾。配当課税に関する規定にも、その姿は見えない。利益積立金額が存在しない（負値である）場合にも、配当課税やみなし配当課税は行われる。配当とされた金額は利益積立金額を減額するので¹⁴⁾、分配に対する課税が、利益積立金額を負値としたり、負値を増加させたりすることがある¹⁵⁾。このことに対して、そもそも配当課税とは、「利益の配当」（法第23条1項1号、所法第24条1項）という文言が表現しているように、法人の利益に対するものではないかという疑問が生じる。しかし、現行法は、利

益積立金額がもともと損失（欠損金額）により負値を取ることがある（資本金等の額による補てんは認められない¹⁶⁾）ことを前提に、配当課税については、その対象は、会社法上の資本剰余金の減少のない配当、言い換えれば、利益剰余金のみからなる配当であるから、法人の利益に対する課税といえる、と答えるものと思われる。つまり、利益積立金額と利益剰余金とは、切断されているのである。また、みなし配当課税については、法人の利益（少なくとも法人段階で実現した利益）の有無を問わずに、株主に配当課税と譲渡所得課税を行う制度であると割り切ることになる。そのため、現在制度の下では、法人には利益（利益剰余金と利益積立金額のいずれも）がないのに配当課税が行われる場合や¹⁷⁾、株式には含み損益が生じていないのに譲渡所得課税が行われる事態が生じる¹⁸⁾。

13) なお、組織再編税制において、平成13年度改正による制度創設時には、2項みなし配当を廃止したことなどに伴い、利益積立金額を株主段階で未課税の法人利益と位置づけ、適格組織再編成ではこれを引き継がせるという考え方があったが（平成13年法律第80号による法第2条18号ニ、ホ、カおよび平成18年政令125号による法第9条1項2,3,9号）、グループ法人税制の導入とともに資本の部に関する取扱いを見直した平成22年度改正で、この考え方は失われた（平成22年政令51号による法第9条1項2,3,10号）。

14) 法第9条1項8,9,11～14号。また、剰余金の減少（の手續き）がない場合にも配当を認めるとすると（前掲注(5)参照）、同項1号柱書「留保していない金額」としての減額が行われることになろう。

15) ただし、最判令和3年3月11日裁時1763号4頁は、資本の払戻しにより減少した資本剰余金の額を超える直前払戻等対応資本金額等が算出される結果となる限度において、政令の規定する課税方法を無効とした。この事件の状況を、分配の回数に関する争点を無視して単純化すると、たとえば、純

資産帳簿価額8千万円／資本金等の額1億円（利益積立金額マイナス2千万円）の法人が、4千万円の現金を株主に分配し、2千万円の資本剰余金を減額したとする。株主全体で、施行令規定割合は0.25、直前払戻等対応資本金額等は2,500万円である。この金額は、資本剰余金の減少額を超える。株主全体で、配当とみなされる金額は1,500万円となり、2,500万円が株式譲渡収入とみなされる（61条の2第1項1号括弧書）。このような状況は、純資産簿価が資本金等の額に満たない法人が、資本剰余金と利益剰余金の両者を原資とする配当を行う場合に発生する。直前払戻等対応資本金額等を資本剰余金の減少額に合致させるには、施行令規定割合を0.2にする必要がある、そのためには、現行の施行令規定割合に、純資産帳簿価額／資本金等の額（ただし、1を超えるときは1）を乗じることになろう。このとき、配当とみなされる金額は増加するが、株式譲渡原価となる金額は減少し、譲渡益が増加することに注意すべきである（法第61条の2第18項、法第119条の9第1項）。

以上の(1)~(5)から、まず指摘できるのは、
(i)資本剰余金の減少という制度会計上の処理により納税者が課税方法を選択できること、

(ii)配当課税と譲渡所得課税とを切り分ける施行令規定割合の算定方法がみなし配当事由を通じて一貫せず、特に資本の払戻しの場合に

(16) 欠損を補てんするために資本金の額を減少させても、資本金等の額は減少しない(法令8条1項12号)。利益積立金額が増加(回復)することもない(その旨の規定がない)。逆に、利益剰余金や利益準備金を減少させて資本金を増加させても、利益積立金額の減少や資本金等の額の増加は生じない(その旨の規定がない)。

なお、法人税法の全文改正が行われた昭和40年度の『改正税法のすべて』(大蔵財務協会、1965年)99頁は、「例えば、創立第一期において寄付金の限度超過額があり、かつ、その期は税務上所得の金額がなかったような場合において、第二期において相当額の利益を生じたときは、第二期の所得の金額と寄付金の限度超過額との相殺が必要です。この点については新法の規定も多少読みにくいところがあると思われませんが、その第二期の所得の金額と寄付金の限度超過額を相殺した後の所得の金額が新法上の所得の金額のうち留保している金額と解されます。」と述べていた。つまり、第一期において利益積立金額が負値を取ることを正面からは認めず、「留保している金額」(昭和40年法律第34号による法法2条18号)の解釈によって後年度の利益積立金額から控除していたのである。なお、現行法にも、「留保していない金額を減算した金額」(法令9条1項1号括弧書)の文言はある。

当時は、資本積立金額にも「留保している金額」の文言があり(昭和40年法律第34号による法法2条17号)、この文言を根拠に、資本積立金額による欠損の補てん(資本積立金額を減額し、純損失を減額すること)が、それ自体には課税を受けることなく認められていた。

マイナスの利益積立金額やマイナスの資本金等の額が生じ得ることについては、平成13年度改正の立案担当者が明確に述べていた。朝長英樹「会社組織再編成に係る税制について(第2回)」租税研究620号8頁、11頁(2001年)。このうち、マイナスの資本金等の額については、平成19年度改正で一定の対応(交付資産の価額以上のみなし配当が生じないようにする。)が行われたが(平成19年法律第83号による法令23条1項2,3,5号の改正)、利益積立金額については、「将来利益の払戻しはありう

るが将来資本の払戻しはありえないこと」(財務省『平成19年度税制改正の解説』362頁、https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/9551815/www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2007/explanation/index.html 最終令和3年9月22日)とされ、対応は行われていない。しかし、以下の注(17)で述べるように、みなし配当には法人の将来利益となり得ないものも含まれている。

(17) たとえば、純資産帳簿価額1億円/資本金等の額1億円(利益積立金額と利益剰余金はゼロ)の法人が、純資産簿価5千万円、時価7千万円の資産を、資本剰余金を5千万円減少させる資本の払戻しまたは分割型分割として、同一企業集団に属する株主または分割承継法人に移転した場合を考える(企業会計上は簿価移転となり、資本剰余金減少額は簿価である。「自己株式及び準備金の額の減少等に関する会計基準の適用指針」第10項)。施行令規定割合は0.5、株式対応部分金額の総額は5千万円である。したがって、株主全体では、取得した払戻資産または分割承継法人株式を総額7千万円で受け入れ、2千万円が配当とみなされることになる。また、自己株式の取得についても、上記法人が、発行済株式100株のうち50株を7千万円で取得したとすると、同じ結果となる。このみなし配当の性質は、おおむね、法人段階で未実現である利益を株主段階で先取的に課税していると説明することができる。しかし、特に自己株式の取得については、現在の法人税法の課税ベースである「収益」には該当しないもの(たとえば、法人が有するhuman capitalの価値)が含まれることは考えられる。こうしたものを配当課税(法人株主であれば非課税)の対象とすることは是非が議論されるべきである。太田洋「マイナスの『資本金等の額』、『資本積立金額』および『利益積立金額』」西村あさひ法律事務所・西村高等法務研究所編『西村利郎先生追悼論文集グローバリゼーションの中の日本法』(商事法務、2008年)129頁、鈴木一水「増減資・自己株式等の資本等取引に係る課税上の諸問題」租税研究669号114頁(2005年)、藤井誠「減資に関わる課税関係の検討」日税研論集76号95頁、123頁(2019年)参照。

は資本剰余金という制度会計上の数値が用いられていることである。しかし、「ある主体に帰属する所得」を課税の対象とする所得課税の原則から見たとき、より重要な問題は、(a)法人の利益の有無にかかわらず配当課税が行われ、(b)株主の株式含み損益の有無にかかわらず譲渡所得課税が行われることである。しかし、この両者を同時に解決することができるのだろうか。

分配に対する課税は、株主を納税義務者とする課税であり、株主の所得に対する課税である。分配法人ではない。この主張は、法人に株主から独立した担税力を認める立場（いわゆる法人実在説）においても、可能である。また、法人税は株主に対する経済的二重課税であるか否かとも論理関係はない（分配に対する株主段階課税を廃止する二重課税の解決策をとるのでなければ）。分配に対する課税の結果を、法人だけの事情で決めることは、少なくとも株主が個人の場合は、個人所得課税の放棄につながる（株主が法人の場合は、法人段階として一括することは考えられ

るかもしれない。）。しかし、配当課税とみなし配当課税は、資本剰余金の減少の有無という法人側の事情で切り分けられており、みなし配当課税の配当課税と譲渡所得課税の区分（施行令規定割合）も、法人側だけの数値で行われている。

II 法人の利益

1 不幸な生い立ち

みなし配当課税には、不幸な生い立ちがあった。みなし配当課税は、1920年、個人の配当所得に対する課税（および受取配当の40%を所得控除する二重課税緩和措置）の開始と同時に導入されたが¹⁹⁾、その時点では、個人の譲渡所得が、まだ課税の対象とされていなかったからである²⁰⁾。配当とみなされたのは、減資等による払戻金の額が株式払込金額または出資金額を超える部分の金額である²¹⁾。法人側の数値のみで計算できることは、現在と同じである。個人に対する株式譲渡所得課税は、1947年に始まる。この時、個人に対するみな

(18) たとえば、純資産帳簿価額1億円/資本金等の額8千万円、利益積立金額2千万円の法人が、資本剰余金を減額し、5千万円の現金を株主に払い戻したとする。移転割合は0.5である。資産や負債に含み損益はなく、のれん等の無形資産も存在しないものとする。ある法人が、この資本の払戻しの直前に、発行済株式の40%を4千万円で取得していたとする。払戻対応資本金等額は、3,200万円である。この法人株主は、資本の払戻しにより、保有株式の移転割合である半分（取得価額1,600万円）が譲渡されたものとみなされる。この結果、400万円株式譲渡損が生じる。しかし、この損失に経済的実質は何一つなく、控除を認めるべき理由は全くない。ただし、自己株式の取得ではないから、みなし配当への課税を規定する法23条3項の要件は、少なくとも文理上は満たされない。この規定を類推によって適用することには、少なくとも学界で

は反対論が多いであろう。

(19) 大正9年所法14条2項。

(20) ただし、法人が清算する場合には、法人に対して清算所得課税が行われることとされた（当時の法人課税について、明里長太郎『税務と会社経理（全訂版）』（日本税経研究会、1952年）25-28頁）。これを個人株主段階課税の代替と位置づけ、そこに譲渡所得部分が含まれていたと見ることはできるであろう。ちなみに、1920年はドイツが法人税を独立させた年であったが、日本での法人に対する（完全な）独立課税は、1940年の法人税法の制定からである。

(21) 小山真輝「配当に関する税制の在り方—自己株式のみなし配当に対する取扱いを中心として—」税大論叢58号61頁、113頁（2018年）、注解所得税法研究会編『注解所得税法（6訂版）』（大蔵財務協会、2019年）399頁。

し配当課税の対象は、株式等の取得価額を超える部分に改められた²²⁾。この課税方法は、法人に対する清算所得課税（清算中に生じた一切の所得に対する課税）を廃止した1950年のシャープ税制において、若干の修正を受けたに止まる²³⁾。しかし、1953年からの個人の有価証券譲渡益非課税に伴い、株主の株式取得価額を基準とする計算は廃止され、法人側の資本金を基準とする計算が復活する²⁴⁾。そして、この結果可能となったみなし配当に対する源泉徴収が始まる。法人側の数値だけによるみなし配当部分の算出（と源泉徴収）は、1988年に分離課税ではあるが株式譲渡所得課税が復活した後も変わらず、現在まで続いている。これに対して、法人株主については、株式譲渡所得は非課税とされず、みなし配当の計算で株式取得価額が基準とされる制度が平成13年度改正まで続いた。このように経緯を見ると、配当とみなされる金額の基準（分配額から控除される金額）は、株式譲渡所得への課税がある場合には株主側の株式取得価額、ない場合には法人側の（今日の用語で）資本金等の額とされてきたことが分かる。

そうすると、資本金等の額が基準とされる

ようになった理由は、有価証券譲渡益が非課税とされて個人所得税が十分に機能しなくなった（執行面でも、国は個人の保有する有価証券を把握する必要性が縮小した）からだと思われることができないだろうか。そして、この状況の中で、源泉徴収可能な配当所得の範囲を拡大することは、次善の方策として妥当であったといえるのかもしれない²⁵⁾。しかし、現在は異なる。ひるがえって、法人株主については、受取配当益金不算入に現在のような持分保有割合に応じた制限がなく、配当に対する法人段階多重課税が完全に排除されていたこと²⁶⁾、他方では、現在に至るまで、株式に対して他の資産と同様の譲渡所得課税が行われ、法人利益が株式譲渡益として実現した場合に生じる二重課税には緩和措置が全く用意されようとしなかったことは、みなし配当事由を契機とする譲渡所得課税の拡大をもたらしたのかもしれない²⁷⁾。

いずれにしても、みなし配当課税の不幸な生い立ちには、このような所得課税の歪みにあった。従来の分配課税に関する議論の多くは、みなし配当課税、特にかつての2項みなし配当課税を対象としてきたが²⁸⁾、それよりも先に検

22) 昭和22年法律27号による所法5条1号。

23) 昭和25年法律第71号による所法5条。払戻金の額が株式等の取得価額を超える場合には、その超える金額について、法人の積立金額から成る部分を配当と、それ以外の部分を譲渡所得とみなして課税することとされた。ただし、シャープ勧告は、現在のみなし配当課税（みなし配当とみなし譲渡収入）に相当する制度を勧告していた。シャープ使節団『日本税制報告書[1]』（大蔵省、1949年）91頁。

24) 昭和28年法律第173号による所法5条1号。

25) この評価について、小山前掲注(21)、124-125頁参照。なお、配当とみなされる範囲をさらに拡大するものとして、2項みなし配当があった。この制

度は、法人が利益を資本に組み入れただけで、何も手にしていない株主に配当課税が行われるものであった。1951年に導入され（昭和26年法律第63号による所法5条4号）、平成13年度改正まで存在した（平成13年法律第6号による改正前法24条2項、所法25条2項）。

26) 受取配当益金不算入の制度は、1950年改正において創設された（昭和25年法9条の6）。持分割合に関わりなく、全額益金不算入であった。

27) 前掲注(12)で述べた平成18年度改正による資本の払戻しに対する施行令規定割合の改正は、これを若干修正するものであった。しかし、前掲注(15)で述べたように、最判令和3年3月11日は、なお施行令規定割合を一部無効としている。

討しなければならないのは、配当課税自体の意味や所得課税としての正しさである。この検討を、みなし配当課税が育った歪みの中で行うべきではない。たとえば、もし配当課税は、株式取得価額とは無関係だ（資本剰余金の減少がないことが必要だ）と主張するのであれば、株式取得価額の把握が困難であることや源泉徴収が可能になることを理由にすべきではない。

分配に対する課税のひとつとして、なぜ配当課税があるのだろうか。分配の中から配当を切り分け、配当としての課税をする理由は、どこにあるのだろうか。

2 原資の不回収

配当に対する課税は、配当を受ける株主を納税義務者とし、配当として得た金額を収益または収入金額とし、負債利子などの費用を法が認める限りで控除する方法が用いられている。重要なことは、配当の基因となった株式の取得価額、つまり、配当法人への投資額を全く控除できないことである。原資の回収が認められないことは、配当課税を他から区別する最も重要な要素である。しかし、配当課税には、もうひとつの要素、通常はメルクマールとされる要素がある。それは、法人の利益から支払われる分配を対象とすることである。配当課税を受ける配当とは、利益から支払われるものだという租税法の理解は、会社法制定後も揺らいでいない。配当には株主段階で二重課税の排除ないし緩和の措置が設けられている理由も（法23条、所法92条）、正確さには欠ける（法人の課税所得がそのまま株主の配当所得（配当とみなされた所得を含む。）になるのではない）が、このことにあるのかもしれない。しかし、法人の利益とは

何かは、明らかではない。おそらく異論の余地がないのは、法人の課税所得とは一致しない、ということだけであろう。2つの要素は、重ね合わせることもできる（分配のうち法人の利益から支払われるものを収入金額とし、原資の回収を認めない課税）。しかし、その必然性はないと考えられる。なお、分配に対する配当課税ではない課税方法は、原資の回収を認める（株式取得価額の一部または全部の控除を認める）ものになる。既に見たように、みなし配当課税の中では、株式の譲渡が擬制または認識され、原価の控除が認められている。

なぜ、配当課税では原資の回収が認められないのだろうか。その理由は、株主が配当という収益を得ても、株主の原資である株式の価値が減少しないためである（短期的な配当落ちは考慮しない）。したがって、原資の回収を認める所得課税において、配当課税の対象とされるべき分配は、株主と法人との間の継続的な権利関係を損なわないものに限られるはずである。分配によって権利関係が失われるのに原資の回収を認めないことは、所得課税の原則に反する。権利関係が途絶する場合、典型的には株式の全部を第三者に譲渡する場合には、譲渡所得課税が行われ、原資の回収（株式原価の控除）が要請される。この考え方が、株主に対する課税として分配への課税の出発点である。原資の不回収と権利関係の継続とは、表裏の関係にある。みなし配当課税のうちの譲渡収入部分の切り分け（施行令規定割合）は、法人の部分的解散を擬制

(28) 金子前掲注(8)、230頁、渡辺徹也「みなし配当課税に関する法改正の内容と問題点」同『企業取引と租税回避』（中央経済社、2002年）209頁、264頁など。

するものであったこと、権利関係が継続する適格組織再編成ではみなし配当課税が行われないことは、この考え方に整合的である。しかし、みなし配当事由の中には、資本の払戻しや按分的な自己株式の取得という権利関係が全く変動しないものが含まれており、この考え方に反する。

この考え方と、法人側での利益の有無に配当課税を結びつけることとは、必ずしも整合しない。たとえば、法人が解散して株式が無価値となり、残余財産が分配されたとき、その中に法人の利益からなる部分がかったとしても、消失する株式についての原資の回復を認めない課税は、所得課税を逸脱する。したがって、みなし配当課税において、配当部分への配当課税を行いながら、もし（株式譲渡損益の非課税や損益通算の範囲の限定などで）株式譲渡損失の控除ができない結果が生じれば、それは所得課税とはいえない。逆に、みなし配当部分を非課税としながら、譲渡損失部分の控除を認めることも、所得課税から外れることになる。しかし、みなし配当課税の目的（不幸な生い立ち）は、配当課税を拡張的に行い、株式価値の減少には手当てをしないことにあったのではないだろうか。そして、この目的以外に、利益部分を含む残余財産の分配の全部を譲渡所得課税の対象としてはならない理由があるのだろうか。

3 バランスしない貸借

では、法人の利益に対して株主に配当課税を行う、という租税政策に、(どのような)意味があるのだろうか。逆に、法人に利益がなければ、権利関係が継続しても、なぜ(どの範囲で)分配に原資の回収を認めなければならないのだろうか。循環論的な解答、という

より、問題の言い直しは、株主に対して配当課税をしなければならない（配当課税が未済である）ものが（概念として考えることができ、かつ、数値化できるとすれば）、法人の利益であるからだ（といえるのか）、ということになろう。

問われるのは、法人の利益とは何かである。法人の課税所得ではないことは明らかである。たとえば、外国子会社からの分配で課税を受けていないもの（日本の課税がないものや、日本と外国の課税を受けず、日本の外国子会社合算課税制度の適用もなかったもの）は、法人の利益に含まれるであろう。また、損金算入限度額超過の寄附金など損金に不算入の支出も、利益を減額することになる。法人の利益は、株主に対する分配課税を規律する概念であるから、法人自身の所得（を認める立場においてもそれ）とは異なるものであり、株主の眼から法人段階に見える利益である。非課税所得等の調整は、一定のものについては利益積立金額の算定で行われている（法令9条1項1号イ～ワ）。しかし、では、現在の利益積立金額が法人の利益であるかと問われると、次の難点がある²⁹。

まず、配当課税を受ける剰余金の配当や、みなし配当課税において配当とみなされる金額は、利益積立金額の有無や金額とは関係がない。利益積立金額は、配当課税が行われた結果として、減額されるだけである。みなし配当課税については、施行令規定割合を改めることで、利益積立金額が負債の場合や負債にする配当課税をなくすことはできるが³⁰、資本金等の額と利益積立金額のどちらもがゼロまたは負債を取る法人（たとえば、大きな簿外無形資産を有することで存在する法人）に生じたみなし配当事由は、割合の考え方（プ

ロラタ計算)では処理できないであろう。そうすると、利益積立金額の限りで配当課税を行うとすれば、窮極的には、プロラタ計算(によるみなし配当課税)の廃止を求めることになるはずである。

利益積立金額のもうひとつの難点は、「留保している」(法2条18号)の要件の解釈である²⁹⁾。たとえば、損金算入限度額を超過した寄附金や損金不算入の役員給与などの損金不算入の社外流出は、施行令8条1項1号の個別の手当てではないが、この要件を根拠に利益積立金額を減少させる。このことは間違いない。では、企業会計上は認識すべき金銭債権等の評価損や退職給与引当金等の繰入額、法人税法上の限度額を超過した部分の減価償却費などについてはどうか。外部への資産の移転がないため³⁰⁾、なお「留保している」ことになるの

だろうか。収益認識に関する一時的または永久の差異も、この要件で調整するのだろうか³¹⁾。

いずれにしても、留保していない部分を減額した利益積立金額は、法人税法の規定に従って算定された純資産の帳簿価額から資本金等の額を減額した金額とは異なることになる。この限りで、貸借バランスは成立しない。このことは、みなし配当の計算において、利益積立金額ではなく資本金等の額が基準とされていることのひとつの理由とも見られる。

4 汚された資本金

会社法上、利益剰余金は、資本金に組み入れることができる³²⁾。このとき、「留保している」利益積立金額は減少しないのだろうか。資本金等の額が増加しないことは明文で規定されている(法8条1項13号)。しかし、利益

29) 立法政策論になるが、利益積立金額を現在のよう
に課税所得から計算して行く方法(非課税のもの
を含めて実現した所得を加算し、控除できない
ものを含む損失と配当を控除する損益法的計算を
行い、法人の純資産とは関係させない。)に対し
て、純資産が株主拠出資本を超える金額(ただし、
課税に必要な調整を行う。)として規定することが
考えられる。Ⅲ1で述べる米国のE&Pに関してこ
の議論があり、前者の主張として、Seymour Mintz
& William Plumb, Dividends in Kind—The
Thunderbolts and the New Look, 10 Tax L. Rev.
41 (1954); Randolph Paul, Ascertainment of
“Earnings or Profits” for the Purpose of
Determining Taxability of Corporate
Distributions, 51 Harv. L. Rev. 40 (1937)がある。
後者の主張として、Leonard Raum, Dividends in
Kind: Their Tax Aspects, 63 Harv. L. Rev. 593
(1950)がある。

30) 最判令和3年3月11日裁時1763号4頁への対応の
ため、少なくとも政令改正は必要である。

31) なお、「留保している」の要件は、平成13年法律
第6号による改正までの法人税法の規定する資本積
立金額にも存在した。この当時の資本積立金額は、

「株式(出資を含む。)の発行価額のうち資本に組
み入れなかった金額」(平成13年法律第6号による
改正前法2条17号イ)であったから、たとえば、
当時の商法上の資本準備金によって欠損を補てん
すると、資本積立金額(したがって、資本等の金
額)が減少したことになる。このことは、法59
条の欠損金額の範囲を規定する平成14年政令第
271号による改正前法118条が、資本積立金額を
控除させていたことから確認できる。資本積立金
額の控除は、(驚くべきことに)平成13年改正にお
いても改められず、平成16年政令第101号による改
正まで続くことになる。

32) 法人税申告書別表4の「社外流出」には、受取配
当など流入項目も含まれているので、「留保してい
る」の解釈のためにこの概念を使うことはできな
い。別表4は、社外流出を純額で算定する意図で加
算項目を含めていると思われるが、「留保している」
(法9条1項1号では「留保していない金額を減算
した金額」)は、加算項目を含まないと思われる。

33) 企業会計基準第29号「収益認識に関する会計基
準」が、2021年4月以後に開始する事業年度の期首
から適用される(同基準81項)。

積立金額が減少しないという規定は存在しない。前述のように、貸借バランスは成立していない。資本金に組み入れることは、処分をすることであり、留保することではない。利益剰余金を処分することは、利益積立金額とは無関係だと言いつけるだろうか。前述の損金不算入項目（留保されていないことで利益積立金額を減額するもの）は、全て利益剰余金を減額するものであった。資本金に組み入れるときだけは、違うのだろうか。

利益剰余金の資本金への組入れは、法人税法にとって、看過できない意味がある。このことにより、会社法上の資本金の中に、株主拠出部分だけでなく利益留保部分が存在することになるからである。しかも、会社法（に止まらず制度会計）は、資本金については、株主拠出部分と利益留保部分との区別をしていない。資本金は、純粋な株主拠出資本の数値としては用いられていないのである。法人税法の眼から見れば、資本金は汚されている。そして、資本を取り崩して資本剰余金とすれば、さらに、その資本剰余金を減少させて配当をすれば、その中には留保していた利益が含まれることになる。つまり、利益の配当に対して、みなし配当課税（一部を譲渡収入とする課税）を受けることができる。平成18年改正は、資本の払戻しに関する施行

令規定割合を、減少した資本剰余金の額によることとした³⁶。これは、資本剰余金の汚れ（利益の混入）を課税関係に持ち込むことになる。

法人税法は、会社法上の資本金を、吟味せず、そのまま資本金等の額に含めている（法令8条1項柱書）。たしかに、平成13年度改正により、利益剰余金を減額して資本金を増やしても、資本金等の額は増加しない旨の規定が置かれた³⁷。しかし、その規定によって、資本金にもともと含まれていた利益（たとえば、同改正前に資本に組み入れられていた利益）を取り除くことはできない³⁸。もちろん、資本金の中に含まれる利益は、2項みなし配当課税を受けているはずであり、この課税を受けたのであれば、課税上は「株主等から出資を受けた金額」（法2条16号）に該当するとの解釈は、文理上は苦しいが、あり得るのかもしれない。ところが、個人の保有する上場株式会社については、2項みなし配当課税は行われていなかった³⁹。つまり、少なくともこの限りで、法人税法上の資本金等の額も、留保利益の混入により汚されているのである。この理由から、資本金等の額の法律上の定義「株主等から出資を受けた金額」を施行令が具現するのに、会社法上の資本金を使うことには無理があるように思われる。

34 利益の資本組入れは、平成18年5月の会社法施行から平成21年4月までの期間を除いて、可能である。会社法制定前は、平成17年法律第87号による改正前商法293条の2。なお、資本の欠損の補てんも可能であった（同法289条1項）。会社法施行時には、平成18年法務省令第13号による会社計算規則48条により不可能になった。しかし、平成21年法務省令第7号による会社計算規則の全文改正後の25条1項により、再び可能となった。

35 平成18年政令第125号による法令23条1項3号ロ。

36 平成13年法律第6号による法2条17号ヲ。この規定は、資本積立金額の減算項目として、新たに、当時の商法の規定により資本に組み入れた利益の額と利益準備金の額をあげた。現行法では、法令8条1項13号。

37 平成13年法律第6号による法2条17号ヲを根拠に、その施行前に資本に組み入れられていた利益や利益準備金を資本金から取り除くことはできないと解される。

この節の最初の問いに戻ろう。2項みなし配当課税の処理では、利益の資本組入れにより利益積立金額が減額され、資本等の金額が増額されていた。しかし、当時の条文を見ても、資本等の金額を増額させたり利益積立金額を減額させたりする直接の規定は存在しない。資本等の金額の増額は、資本金が増加するので特に規定は必要ない。しかし、利益積立金額の減額には根拠規定が必要であり、2項みなし配当とされた金額は、外部への移転がなくとも、「留保している」の要件により、減額されていたのである³⁸⁾。この文言は、現行法まで引き継がれており、異なる解釈を行うことは困難であろう⁴⁰⁾。そうすると、今日においても、利益剰余金を資本金に組み入れた場合、やはりこの要件を根拠に、その金額の利益積立金額を減額する処理を行うことになる³⁹⁾と解される。この処理は、既に資本金の中に利益が含まれている（組み込まれている）ことと合わせて考えると、利益積立金額を適正な法人の利益に近づけるであろう。

5 一方的な関係

利益積立金額が減少するとき、利益剰余金は減少するのだろうか。利益剰余金（その他

利益剰余金）の増減は、そのための手続きを要する資本剰余金とは異なり、会社に損益（社外流出によるものを含むと解される。）が生じれば、自動的に生じる（会規29条1項2号・2項2号）。つまり、結果を示す数値である。欠損があれば負値をとる。分配は、原則として、その他資本剰余金を減少させない範囲で、その他利益剰余金を減少させる。しかし、みなし配当課税において配当とみなされた部分は、利益積立金額は減少させるが、その他利益剰余金は減少させないかもしれない。もちろん、会社法や会社計算規則を改正すればよいが、法人税法に合わせた改正はしてもらえないだろう。そうであれば、みなし配当課税（に含まれる配当課税）を行うと、利益剰余金に配当課税済みの利益が含まれることになる。

この問題は、通常の配当課税でも明確に現れる。法人の利益を表す数値として利益剰余金を用いる場合、選択肢として、①分配には、プラスの利益剰余金が存在する限りで配当課税を行う、②利益剰余金の減少を伴う分配には、プラスの利益剰余金が存在する限りで配当課税を行う、③利益剰余金の減少を伴う分配には、利益剰余金の減少額に配当課税を行う、といったものが考えられる。しかし、上

³⁸⁾ 平成13年法律第7号による改正前措法9条の5第3項。なお、個人の保有する上場株式が公開買付けによる自己株式の取得を受けた場合の1項みなし配当課税は、平成22年度改正まで行われていなかった。平成22年法律第6号による改正前措法9条の6。改正の理由は、平成20年4月の改正により、上場株式については配当所得と譲渡所得の間で損益通算の道が開かれたためである。平成20年法律第23号による措法37条の11の6第6項1号、37条の12の2。財務省『平成22年度税制改正の解説』（2010年）127頁。

³⁹⁾ なお、各事業年度の欠損金額は利益積立金額を

減額する項目として規定されていたが（平成13年法律第6号による改正前法2条18号ロ）、資本等の金額により補てんされた金額を除くとされていた。資本積立金額の「留保している」の要件は、平成13年度改正の前まで存在し、資本準備金による欠損の補てんは、この要件により、資本積立金額を減少させていた。

⁴⁰⁾ 留保利益が配当課税を受ければ株主拠出資本になるとみなすのであれば、利益剰余金の資本金組み入れを認めた平成21年の会社計算規則全面改正時に、2項みなし配当を復活させるべきであったかもしれない。

記の一方的な関係からは、①や②で会社法上の利益剰余金の減少額を超える金額に対して配当課税を行った場合、その後の利益剰余金には、配当課税としての課税済み利益が含まれることになる。法人の利益が複数回配当課税の対象となること、重複カウントされることは、法人の利益に対して配当課税を行う考え方に反する。法人の利益が基準として機能しないことになるからである。

もっとも、資本側で、これに類する問題が、現在のみなし配当課税において生じている。資本剰余金の減少に伴う分配（資本の払戻し）がみなし配当課税事由とされているが、株主の譲渡収入とされて減少する資本金等の額が、そのまま資本金または資本剰余金から減額されることはないからである。資本剰余金の減少額は、あくまでも会社法の手続きで決められた資本剰余金の減少額である（会社454条1項1号、会規23条1号）。施行令規定割合が1を超える場合が問題となるが、この点は、平成13年改正当初から手当てされていた⁽⁴¹⁾。しかし、平成18年度改正が施行令規定割合の分子を減少した資本剰余金の額に改めたことにより⁽⁴²⁾、分子の金額の重複カウントが生じる。既に説明したように、資本剰余金は利益によって補充されるからである⁽⁴³⁾。資本の払戻しに関する施行令規定割合の分子は、株主拠出資本に限られない。

以上のように見ると、法人の利益に対して株主に配当課税を行うという政策を実現するのであれば、法人の利益として利益剰余金を用いることはできない。なぜなら、利益剰余

金が資本に組み入れられれば、配当課税ができなくなるからである。また、法人の利益を示す理想的な利益積立金額を用いるとしても、上記②と③の利益剰余金をその利益積立金額に置き換える方法は、使えないであろう。なぜなら、利益積立金額は、配当の結果を示す金額であり、あらかじめ配当の財源として指定するものではないと考えられるからである。そうすると、利益剰余金を理想的な利益積立金額に置き換えて、①の方法をとることになる。利益積立金額を理想的なものとするためには、少なくとも、会社法が許容する資本金や資本剰余金との混合を排除する規定を置き、「留保している」の文言を避けること（したがって、現行のように課税所得から出発するのであれば、収益認識会計基準などの企業会計や様々な課税繰延べとの調整規定を置くことなど）が必要となろう。しかし、それでも、次に述べる欠損の問題は残る。

Ⅲ 株主の原資

1 欠損とスポンジ

理想的な利益積立金額が、法人の利益（留保利益と当期利益の和）を適正に算出し続けているとしよう。そして、株主按分的な分配は、利益積立金額が存在する限りで、配当課税を受けることにしよう。ある分配が行われ、利益積立金額があったとする。株主の立場に立ったとき、この配当課税は、正しいだろうか。別の言い方をすれば、法人が記録する理想的な利益積立金額は、配当課税未済の株主

(41) なお、利益積立金額がマイナスの場合の分析として、太田洋・伊藤剛志『企業取引と税務否認の実務』（大蔵財務協会、2015年）584-551頁（園浦

卓執筆部分）参照。

(42) 前掲注(12)参照。

(43) なお、太田前掲注(17)、111頁も参照。

所得を示す数値として機能しうるだろうか。そこからの分配は、株主にとって原資の回収が不要だといえるのだろうか。

この点で参考になるのは、米国での所得課税が始まった頃の裁判例である。米国では所得課税が施行された1913年の3年後、分配（distribution）のうち、法人の利益⁽⁴⁴⁾によるもの（“out of its earnings or profits”，以下「E&P」という⁽⁴⁵⁾）を配当（dividend）と定義し（現行IRC § 316(a)）、配当課税（株式の原資回収を認めない課税）を行うことが規定された（現行IRC § 301(c)(1)）⁽⁴⁶⁾。そして、E&P

要件の廃止論も、古くからある⁽⁴⁷⁾。

E&Pについては、当初その定義がなく、現在も完全なものはないが、制度会計上の利益剰余金（earned surplus）に基づく（非課税所得や控除不可の支出もE&Pを増減する）、損失は資本（株主拠出）に先立ってE&Pから控除される、資本組み入れはできない、資本の取り崩しによる欠損の補てんにより将来の配当可能額が増加しても、課税の目的での資本は減少しない、といった特徴がある。現物分配（当時、分配法人は分配資産の含み損益課税を受けなかった。）や組織再編成（原則と

(44) 連邦所得税は1913年に創設されたが、E&Pを原資とする分配を配当とする規定は、1916年に設けられ、1913年以降に生じたE&Pに限り、配当課税の基因となることとされた。Revenue Act of 1916, § 2(a), 39 STAT. 757. (なお、この§ 2(a)の続く部分が、Eisner v. Macomber, 252 U.S. 189 (1920)で違憲とされた株式配当に対する課税を規定した。)この規定は1917年に改正を受け、配当は最も最近のE&Pから行ったとみなすこととされた。Revenue Act of 1916, § 31(b), added by 40 STAT. 338 (1917). その後、1936年に「当期のまたは累積した」の文言が追加され、法人に当期利益があれば、累積では欠損となっても配当課税を行うこととなった（nimble dividend rule）。Revenue Act of 1936, § 115, 49 STAT. 1687. 連邦所得税制定後の関係立法について、Rudick, H. J., Dividends and earnings or profits under the income tax law: Corporate nonliquidating distributions, 89 U. Pa. L. Rev. 865, 865-869 (1940-1941).

(45) 1916年法では“earnings or profits”であったが、1936年の改正では“earnings and profits”が一部用いられるようになった。49 STAT. 1687. 1954年歳入法典で、“earnings and profits”に統一された。68A STAT. 98-99.

(46) 配当でない分配は、株式取得価額（basis）を超える限りでキャピタル・ゲインとして課税を受ける。日本のみなし配当課税のように保有株式の按分された一部のみを譲渡原価とすることはない。

(47) 法人の利益からの分配に配当課税をするという考え方には、多くの疑問が呈され、代替案が示されている。最も代表的な論文は、Andrews, supra note 1であり、ここで引用された裁判例の一部を本稿は引用している。また、American Law Institute, Federal Income Tax Project, Subchapter C, Proposals on Corporate Acquisitions and Disposition and Reporter's Study on Corporate Distributions (1982); American Bar Association; William M. Colby, Boyd A. Blackburn and Dana L. Trier, Elimination of “Earnings and Profits” From the Internal Revenue Code, 39 Tax Law. 285 (1986); Staff of Senate Finance Committee, The Reform and Simplification of the Income Taxation of Corporations (1983)が、様々な問題点をあげ、この要件の廃止を主張している。なお、最初にあげた1982年のALI報告書につながる1952年の草案に関するものとして、Edwin S. Cohen, Stanley S. Surrey, Thomas N. Tarleau, William C. Warren, A Technical Revision of the Federal Income Tax Treatment of Corporate Distributions to Shareholders, 52 Colum. L. Rev. 1 (1952)がある。Ethan Yale, Corporate Distributions Tax Reform: Exploring the Alternatives, 29 Va. Tax Rev. 329 (2009)は、代替案の検討としても有益である。また、小塚前掲注(1)の2つの文献で取り上げられたこれら以外の米国文献も参照。

して課税繰延べが認められる。)で、E&Pがどうなるかは問題となっていた⁴⁸⁾。E&Pに基づく配当課税では、少なくとも組織行為や資本等取引について租税法のルールを設けた場合、必ずE&Pについての規定も置く必要がある。

E&Pの意味が問われた連邦所得税初期の判例として、Hornby事件最高裁判決⁴⁹⁾がある。事案を簡略化して述べると、納税者は、1906年から1915年までの間株主であった材木会社から、1914年にまとまった伐採による収益から多額の配当を受け取ったが、その価値のほとんどは、1913年の連邦所得税施行日（以下「施行日」という。）前に生じていたものであった。この配当が納税者の所得となるか否かが争われた。連邦最高裁は、1916年歳入法が施行日前のE&Pからの配当を配当課税の対象としない旨を規定したことを認識しつつも、これを確認のための法改正とは解釈せず、配当の宣言と受領が施行日後であったことから、配当課税を認めた。株主の眼から着目すべきことは、施行日前に法人に生じた価値が、配当課税の対象とされたことである。そして、この後、E&Pがいつ生じたか、どの年度のE&Pから配当が行われたかという問題が表面化することになる。

Douglas事件最高裁判決⁵⁰⁾では、1917年改正によるE&Pの規定が、配当は直近年度のE&Pから支払われたものとみなすと規定したこと

に対して、納税者は、1917年に行われた配当を1917年の税率で課税することはできない、なぜなら、1917年のE&Pはその年の終わりにならなければ確定しないからだと主張して争った。連邦最高裁は、E&Pは帳簿上で確定されたものに限られないとして、納税者の訴えを退け、納税者の主張を認めていた下級審判決を覆した。これらの訴訟の納税者の主張には、いつの年度のE&Pが分配されたかは、分配が行われた年度ではなく、分配の原資となった利益を法人が獲得した年度（言い換えれば、法人の会計帳簿）によるべきだという考え方が認められる⁵¹⁾。

Canfield事件最高裁判決⁵²⁾では、欠損（ある年度について算定されたE&Pの負値）をどの年度のE&Pから控除するかが争われた。この事件では、施行日に約433万ドルのE&Pが存在し、施行日後に約40万ドルの欠損が生じ、その後、利益が生じた後に、510万ドルの配当が支払われたとき、この配当がどのように課税を受けるかが争われた。納税者は、40万ドルの欠損は施行日後のE&Pから控除されるべきであるから、510万ドルの配当のうち施行日前のE&Pである433万ドルは課税の対象ではないと主張した。しかし、連邦最高裁は、Hornby事件判決に依拠し、欠損は施行日前のE&Pを減額するから、非課税となるのは393万ドルであるとした⁵³⁾。

欠損が資本を減額しているとき（以下「資

48) Andrews, supra note 1, at 1405-06. 現在は、IRC § 312によりある程度解決されている。

49) Lynch v. Hornby, 247 U.S. 339 (1928).

50) Edwards v. Douglas, 269 U.S. 204 (1924), rev'g 298 F. 229 (2d Cir. 1924).

51) Andrews, supra note 1, at 1416には、ほぼ同じ考え方が示されている。Andrewsは、さらに、こ

れを「法人段階で実現された利益 (earnings) が株主に対する所得税の真の対象であるという考え方」(at 1417) に結びつけている。この部分は、インテグレーションに関する文脈で小塚前掲注(1)（『税法上の配当概念の展開と課題』）194頁注15も引用している。

52) Helvering v. Canfield, 291 U.S. 163 (1934).

本欠損」という。)はどうか。Milton Dairy 事件最高裁判決⁵⁴で、E&Pではなく超過利潤税における留保利益(“paid-in or earned surplus and undivided profits.”)の計算においてであるが、連邦最高裁は、資本欠損を回復しない限り、留保利益は生じないと判示した⁵⁵。そして、この判決に依拠して、資本欠損の状態で行われた配当は、利益を原資とすることができないから、資本を減少させる(資本の払戻しである)と判示され⁵⁶、配当課税についても、1936年改正前において⁵⁷、利益剰余金が負値の状態で行われた配当は課税を受けないとされた⁵⁸。これに対して、Blair 事件判決⁵⁹は、施行日にE&Pが存在し、その後損失が生じ(今日という利益剰余金勘定に記入された)、さらにその後利益が生じて1918年に行われた配当について、納税者は施行日のE&Pをゼロとして配当課税を受ける金額を算定したのに対して、歳入庁は施行日前のE&Pで損失を補てんする計算をして配当課税の金額を増額し、争訟となった事件である。請求裁判所は、「争われた配当は、1918年のE&Pから支払われたものである。もし法人に配当を差し控え、利

益をそれまでに生じた損失の補てんに用いる権利があったというのであれば、その権利は行使されていない。そして、納税者にはそのことを問題にする立場にはない。」⁶⁰と述べて、納税者の請求を斥けた。この判決が下されたのは、Milton Dairy 最高裁判決のちょうど3週間前であったが、上告申立ては受理されなかった⁶¹。両者は整合しないと思われる⁶²。たしかに、日本の眼から見れば、Blair 事件は資本金や資本剰余金が動いていない点でMilton Dairy と異なるが、米国ではこのことは論点となっていない。配当課税を法人の利益によって規律するのであれば、資本に組み入れたか否かは関係がないはずである。

Andrews は、E&Pの欠損について、次の意味のことを述べている⁶³。当期E&Pから過年度の欠損の控除(補てん)を認めることは、株主未課税の法人利益という概念からE&Pを遠ざける⁶⁴。過年度の欠損が解消されていない法人が利益を得ても、E&Pは増加せず、将来行われるべき株主段階課税が生じなくなるからである。法人が減資により欠損を補てんしてもE&Pは欠損のままであり、その後、州会

53 この結果は、当時のルーリングに示されていたものである。A.R.M. 82, 3 Cum. Bull. 36 (1920)。このルーリングは、「ある年度の欠損は、最も近い年度の利益(surplus)によって補てんされねばならない。したがって、いかなる年度の利益も、それより前の年度の欠損によって減額することはできない。そのような利益は、必要な限りで、後の年度の欠損を補てんする。」と規定していた。

54 Willcuts v. Milton Dairy Co., 275 U.S. 215 (1927)。

55 II 4で、利益剰余金を資本に組み入れたとき、「留保している」の文言を根拠に利益積立金額が減少するか否かを検討したが、これに類する問題である。

56 Crystal Ice Co. v. C.I.R., 14 B.T.A. 682 (1928) は、欠損状態にある法人が、それを解消する前に

支払った配当は、資本の払戻しであるから、払込資本(paid-in capital)を減額すると判示した。

57 前掲注(44)のnimble dividend ruleができる前である。

58 Washburn v. C.I.R., 16 B.T.A. 1091 (1929)。

59 Blair v. U.S., 63 Ct.Cl. 193 (1927)。

60 63 Ct.Cl. at 199。

61 275 U.S. 546 (1927)。

62 この不整合については、Foley Securities Corp. v. C.I.R., 106 F.2d 731, 733 (8th Cir. 1939)を参照。

63 Andrews, supra note 1, at 141。

64 原文は、「欠損の概念は、株主に対する課税を、法人の所得に対する後れた課税ではないものにする。」(id)

社法上可能となった利益剰余金からの配当を行っても、株主は配当課税を受けず、全て原資の回復として非課税とされる。このことは、E&Pが株主の将来の課税ベースであるという位置づけを失わせる⁶⁵⁾。法人は獲得した所得に課税を受けるが、その所得によるE&Pは過年度の欠損で打ち消され、株主は配当課税を受けないが生じる。さらに、E&Pの欠損が株主に将来の非課税配当をもたらすことは、株式に付着した租税利益として株式の価額に含まれ、株式とともに株主間を移転する。1936年改正で導入されたnimble dividend rule（当期にE&Pがあれば、その限りで、過年度に欠損があっても配当課税を行うルール）は、当期E&Pがある限りでこの問題を緩和するが、それを超える配当は非課税となる⁶⁶⁾。さらに、当期E&Pを過年度の損失によって打ち消すことが認められないこととなっても、将来の損失によって打ち消されることはある。そして、将来の損失もE&Pを打ち消せないようにしても、将来に損失が生じれば、実際に配当が行われる時期は遅れ、配当課税は遅れる。そもそも、配当時点まで法人利益に対する株主課税を遅らせている（配当の時点で配当課税をする）ことは、ほぼ論理必然的に、株主課税なしに留保利益による損失補てんを認めることになる。損失の補てん時（法人に損失が生じた時）に、株主に課税をすることは適切ではないと、一般には考えられるからである。

それが過去に獲得された利益の使用—享受ではないにしても—であるという理論に基づいたとしても、そういえるであろう。

もちろん、この見方に対して、異論の余地はあるだろう。欠損が配当課税を遅らせるという見解は、法人の利益（E&P）を、配当課税未済の株主所得のプールと見ている。欠損は、プールの水を吸い込むスポンジであり⁶⁷⁾、株主への水流を妨げる。淀んだ水は蒸発する。法人のE&Pを株主の眼から見るのであれば、窮極的にはこの見方に到達すると思われる。そして、この先には、配当を待たずに配当課税を行う（一種にパス・スルー課税）が見える。Andrewsは、損失の補てん時に配当課税を行うアイデアを、残念そうに放棄したように感じられる。日本について述べると、法人の課税所得計算では控除できない欠損金額が、利益積立金額の計算では無制限に控除されるので⁶⁸⁾、利益積立金額を基準として配当またはみなし配当を考えると、欠損が配当課税の機会を遅らせ、場合によっては失わせることが懸念される。この点は、利益積立金額よりも利益剰余金の方が、資本金や資本剰余金による損失の補てんが認められるので、問題が少なくかもしれない（利益積立金額も、「留保された」の解釈によっては、同様に考えられるかもしれないが）。II 4で述べたように、もともと資本は利益で汚れている。さらに、米国のnimble dividend ruleと同様、利益積立金

⁶⁵⁾ Id.

⁶⁶⁾ Id. ここでは、含み損失のある資産を定期的に処分することで、配当課税を避ける手法が紹介されている。

⁶⁷⁾ Id., at 1420は、Willcuts v. Milton Dairy Co., 275 U.S. 215 (1927) について、“the sponge effect of a deficit on future earnings which might otherwise

make dividends.”（欠損の控除が認められなければ配当となるはずの将来利益に対して、欠損が与えるスポンジ効果）と述べている。

⁶⁸⁾ なお、法人税法でこのような利益積立金額の欠損を用いるのは、法法59条の繰越控除である。法基通12-3-2。

額の年度別管理も必要になるであろう。かつての2項みなし配当課税は、利益が資本との境界を越えるときの配当課税であったが、利益が欠損を打ち消すときにこそ、新たな2項みなし配当課税を用意すべきかもしれない。

2 出資者たる地位に基づかず…

法人税基本通達1-5-4は、利益の分配には株主等に対しその出資者たる地位に基づいて供与した一切の経済的利益を含むと述べている。では、配当課税の対象は、出資者たる地位に基づいて生じた利益に限られるだろうか。配当落ちを利用した税負担回避の防止規定（法23条2項）の存在は、既にその答が消極であることを示している。この規定が対象とする3ヶ月は、形式的に決められた期間であろう。取得し、かつ、譲渡するという構図も、出資者たる地位に基づいて生じた利益が配当であるなら、不要であろう。この規定は、確実に平準的な利益をあげ、かつ、その利益を分配している法人を前提としているが、会社法の下で配当政策は自由化され、剰余金の配当は、いつでも何回でも行うことが（行わないことも）できる。このため、非定期的配当による配当課税の回避や配当益金不算入の乱用が考えられる⁶⁹。しかし、その検討の前に（割り切って）考えておかなければならないことは、株式譲渡による出資者たる地位の移転である。株主が替わると、その受取配当は、株主であった期間に生じた法人利益とは対応しない。法人に経常的に利益が生じ、定期的に配当されているとすると、旧株主は株主であった期間の法人利益を株式譲渡益として実現し、新株主はそれを株式取得価額に含めるが、配当を受けても原資を回収することはできない。新株主は、包括的所得概念では全く所得がな

いのに、配当課税を受ける。旧株主に配当課税がなく、新株主に配当課税があることは、法人利益に対する配当課税という考え方に反するでなく、そもそも所得課税として誤っている。しかし、たとえ執行上の困難を克服して、法人に利益が生じた時に株主であった者を特定できたとしても、配当を分配に対する課税とする限り、配当課税には、分配を受けた株主しか対象にできないという制約がある。この制約のため、たとえば法人が利益を留保し続け、または、大きな欠損を補てんし続けたために、配当が行われなかった時期に株主であった者には、株主段階で未実現の法人利益が帰属しているが、配当課税を行うことができない。また、たとえ法人に利益が生じれば（たとえば、負債の場合を含めて利益積立金額が増加すれば）株主に未配当であっても配当としての課税を行うこと（法人税とは全く別のパス・スルーによる配当課税）ができるとしても、それは、株主の納税資金の問題などから、法人の配当政策に影響を与えるかもしれない。さらに、この課税にも、法人段階で実現の問題がある。法人、特に閉鎖法人は、それ自身の課税所得計算（だけ）ではなく、配当課税のベースである法人利益計算において、含み損益の実現を操作し、株主段階へのパス・スルー配当課税を繰り延べたり、回避したりすることが可能である。これを防止するためには、時価主義に基づく法人利益計算をすることになるが、それは無理であろう。そうすると、パス・スルー配当課税の有

⁶⁹ 米国では、法人株主が一定の extraordinary dividend を受けた場合、その基因となった株式の取得価額をその配当の金額だけ引き下げる（取得価額を超える場合はキャピタル・ゲインとする）措置が設けられている。IRC § 1059.

効性は限定的になる。このように、法人の利益に対する配当課税という考え方には、実現主義に関係する様々な問題がある。前述Ⅰの(a)法人の利益の有無にかかわらず配当課税が行われること、を完全に解決できたとしても、配当課税のみならず所得課税からの逸脱は、なくなる。

みなし配当課税はどうか。Ⅰ(2)で述べたように、みなし配当課税の譲渡所得部分は、未実現利益課税であるが、原資の回復が認められる。現在のみなし配当課税は、前述Ⅰの(b)株主の株式含み損益の有無にかかわらず譲渡所得課税が行われる制度である。しかし、平成13年度改正前の法人に対するみなし配当課税は、資本の減少等により金銭その他資産が交付される(有償減資)等の事由については、交付金額(現物であれば時価)がその交付の基因となった株式等の帳簿価額を超えるときに限って、その超える金額のうち、減資法人の資本等の金額から成る部分の金額(以下「減資金額」という。)以外の金額を、配当とみなしていた⁷⁰⁾。減資金額とは、資本の金額および資本積立金額(当時の商法上の資本準備金と解される。)の減少額(実際に減資をした金額)の持分割合である。そして、交付金額から配当とみなされた金額を控除した金額が、株式譲渡収入とされた⁷¹⁾。現在のような施行令規定割合は介在しない。譲渡原価は、交付の基因となった株式の帳簿価額のうち交付金額

に達するまでの金額(株式帳簿価額と交付金額の小さい方)である⁷²⁾。株式帳簿価額が配当課税を受ける金額を決める要素とされていたことは、配当課税で株主の原資が考慮されていたことを意味する。払戻金額が株式帳簿価額を超えない限り、配当課税が行われなかったからである。この課税方法では、仮に減資金額を超える部分の交付金額が法人の利益から成るとすると、その全部を配当とみなして配当課税をしているのではない。もし、その全部を配当とみなすと、その分株式譲渡収入が小さくなり、株式譲渡損失となっていたはずであるが、そうではなく、この部分の金額は、配当とみなされる金額に含まれていないのである。そして、この課税方法では、株式に含み益(交付金額が帳簿価額を超えること)がなければ、譲渡益が生じることはない⁷³⁾。このように見ると、平成13年度改正前の法人に対するみなし配当課税は、配当課税の中に原資の回収を織り込んでいた点で、今日からはイノベータイプに見える。配当とみなされる金額は、株式帳簿価額、つまり、株主が株主となった時の歴史的な原価を反映するのである。ただし、減資金額を超える部分の交付金額を法人の利益と仮定したことは、適切でない場合も多い。また、減資という特殊な事由による分配であるから、交付を受けた株主が、法人がその利益を獲得した期間に株主であった可能性は、定期的な配当の場合よりも遙かに

70) 平成13年法律第6号による改正前法法24条1項、平成13年政令第135号による改正前法令23条。

71) 平成13年法律第6号による改正前法法61条の2第1項1号。

72) 平成13年法律第6号による改正前法法61条の2第3項、平成13年政令第135号による改正前法令119条の9。

73) 帳簿価額よりも交付金額が小さい場合、配当とみなされる金額は生じないので、交付金額はすべて譲渡収入となる。しかし、帳簿価額のうち交付金額までの原価が認められる。このため、譲渡益は出ない。もっとも、株式含み益を、交付額によって算出することは、適切ではない場合も多いであろう。

少ないであろう。

以上の検討から、さらに次が指摘できる。みなし配当課税の2つの課税方法、配当課税と譲渡所得課税とを比較すると、後者の方が株主が株主であった期間の法人の利益をよりよく現していると思われる。資本の払戻しの場合、仮に配当とみなされる金額が生じず、かつ、払戻額が譲渡されたとみなされる株式の時価であるとすれば、譲渡所得は、株主が株主となった時の取得価額を基礎として算出されるからである。ここには、施行令規定割合や資本金等の額の汚れの問題、また、E&Pで見た欠損に関する問題は存在しない。この見方からは、法人の利益を株主に課税するための所得課税として正しい方法は、配当課税ではなく、分配により得た価値を加味した株式の時価評価課税であるといえよう。

IV おわりに — 3.11の余震の中で

本稿は、配当課税とみなし配当課税の問題点を指摘し、分配への課税が株主に対する所得課税であることを基軸として、配当課税の意味を株主の原資の回復を認めないことに求め、株主の眼から見える法人利益への課税を主張した。これは、インテグレーションに結びつく議論であるが、本稿では扱わなかった。分配への課税については、数十年前から様々な改革論が主張されてきたが⁷⁴⁾、法人税と個人所得税のあり方を根本的に変える議論であるため、実現への道は遠い。

しかし、現在、資本の払戻しに関する施行令規定割合は、資本剰余金の減少額を超える株式譲渡収入が算出される限りで無効の状態

にある。この部分のみを手直しする施行令の改正はできると思われるが、その結果、資本の払戻しと他のみなし配当事由との施行令規定割合の差異が、平成18年改正からさらに拡大するであろう。実際、現状においても、非適格の分割型分割を行うか（分子は移転資産簿価）、資本の払戻しをしてこれを分割承継法人に出資するか（平成18年改正後の分子は減少する資本剰余金）で、会社分割の出来上がりは同じであっても、課税結果はかなり異なる。したがって、今年度はとりあえず無効となっている部分の施行令改正で済ますとしても、それは当面のものであり、近い将来、法人税法24条、所得税法25条を改正することを視野に入れるべきであろう。

法律改正のときには、分配課税の目的が株主に対する所得課税であることをよく考えて、もし法人利益を使うのであれば、株主において出資者たる地位に基づいて発生した所得を反映するように、欠損補てんの制限や年度管理などの手当てをしなければならないであろう。現在基準とされている資本金等の額は、新たに出資者となった株主からは、汚れに塗れた遠い過去の記録に過ぎない。それは、法人にとっての所得計算の原資ではあっても、株主から見た法人の利益との必然的關係はない。資本剰余金は、法人税法の規律が及ばないので、さらに汚されている。資本金等の額や資本剰余金を関係させた配当課税やみなし配当課税からの脱却を考えるべきである。

(74) 前掲注(1)であげた小塚の2つの文献を参照。